FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN

fremsat den 24. januar 1991 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Sozialgericht Nürnberg (herefter benævnt »den forelæggende ret«) skal afgøre en række sager anlagt af personer med bopæl i en anden medlemsstat end Forbundsrepublikken Tyskland mod Bundesanstalt für Arbeit, den tyske institution, der ifølge Bundeskindergeldgesetz (den tyske lov om børnetilskud — herefter benævnt »BKGG«) har kompetence til at tilkende børnetilskud (»Kindergeld«). Alle sagerne vedrører spørgsmålet om, hvorvidt den kompetente tyske institution er forpligtet til at tilkende pensionister eller børn, der har mistet begge forældre eller en af dem, med bopæl i den anden medlemsstat en tillægsydelse (på tysk »Unterschiedsbetrag«), som udgør forskellen mellem det faktisk oppebårne ydelsesbeløb, jf. artikel 77 og 78 i forordning (EØF) nr. 1408/71 [1], der udbetales i henhold til bopælsmedlemsstatens lovgivning, og størrelsen af børnetilskuddet i henhold til BKGG.

Den forelæggende ret har udvalgt ti eksempler (»Pilotfälle«) blandt et stor antal verserende sager for at give Domstolen en oversigt over de forskellige foreliggende situationer. Den forelæggende ret finder, at det for at træffe afgørelse i disse sager er nødvendigt at anmode Domstolen om en fortolkningsafgørelse vedrørende artikel 77 og 78 i forordning nr. 1408/71. Som følge heraf har retten forelagt Domstolen en række spørgsmål, som den har opdelt i fire grupper.

Inden jeg behandler disse spørgsmål, finder jeg det hensigtsmæssigt at gennemgå de væsentligste kendetegn ved ordningen efter artikel 77 og 78 i forordning nr. 1408/71.

Væsentligste kendetegn ved ordningen efter artikel 77 og 78 i forordning nr. 1408/71

2. Artikel 77 i forordning nr. 1408/71 indeholder en række bestemmelser vedrørende udpegningen af den medlemsstat, hvis lovgivning skal anvendes ved tilkendelse af ydelser til *børn*, der forsørges af pensionister eller rentemodtagere (for nemheds skyld anvendes herefter kun udtrykket pensionister). Det fastslås udtrykkeligt, at reglerne finder anvendelse, uanset i hvilken medlemsstat pensionisten eller børnene er bosat.

Artikel 77 fastsætter *princippet* om, at ydelserne tilkendes i henhold til en enkelt medlemsstats lovgivning. Hvis pensionen alene udbetales i henhold til én medlemsstats lovgivning, tilkendes børnetilskuddet alene i

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — Artikel 77 og 78 i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14.6.1971 om anvendelse af de sociale sikringsordninger på arbejdstagere, selvstændige erhvervsdrivende og deres familiemedlemmer, der flytter inden for Fællesskabet, jf. den kodificerede version af forordningen, som er indeholdt i Rådets forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2.6.1983 (EFT L 230, s. 6).

henhold til denne medlemsstats lovgivning [artikel 77, stk. 2, litra a)]. Men når en pension udbetales i henhold til flere medlemsstaters lovgivning, bestemmes det, at børnetilskuddet principielt skal udredes alene i henhold til én medlemsstats lovgivning. Følgende prioriteringsregler finder i så fald anvendelse. For det første er det den medlemsstat, på hvis område pensionisten er bosat, der skal tages i betragtning [artikel 77, stk. 2, litra b), nr. i)]. Hvis den pågældende ikke efter denne lovgivning har ret til børnetilskud, er det dernæst den medlemsstat, af hvis lovgivning han længst har været omfattet, der kommer i betragtning [artikel 77, stk. 2, litra b), nr. ii), første led]. Hvis den pågældende heller ikke erhverver ret til børnetilskud i henhold til sidstnævnte medlemsstats lovgivning, skal de øvrige berørte medlemsstater tages i betragtning, idet de forsikrings- eller bopælsperioder, der er tilbagelagt efter disse medlemsstaters lovgivning, lægges til grund i rækkefølge efter aftagende længde [artikel 77, stk. 2, litra b), nr. ii), andet led].

Der findes dog en væsentlig *undtagelse* fra ovennævnte princip, hvorefter alle børnetilskud tilkendes alene i henhold til én medlemsstats lovgivning, selv om pensionen skal udredes i henhold til flere medlemsstaters lovgivning. I Laterza-sagen[2] kendte Domstolen for ret:

»Artikel 77, stk. 2, litra b), nr. i), i forordning nr. 1408/71 skal fortolkes således, at en ret til børnetilskud, som skal udredes af den medlemsstat, på hvis område en invalidepensionist har bopæl, ikke medfører, at retten til større og tidligere erhvervede børnetilskud, som det påhviler en anden medlemsstat at udrede, bortfalder. Når de børnetilskud, som faktisk oppebæres i bopælsstaten er lavere end børnetilskuddene i henhold til den anden medlemsstats lovgivning, kan arbejdstageren af sidstnævnte stats kompetente institution kræve en tillægsydelse, som svarer til forskellen mellem de to ydelser.«

Domstolen bekræftede denne praksis i Patteri-[3] og Baldi-[4] dommene.

3. Artikel 78 i forordning nr. 1408/71 indeholder tilsvarende regler vedrørende udpegningen af den medlemsstat, hvis lovgivning skal anvendes ved tilkendelsen af ydelser til *børn, der har mistet begge forældre eller en af dem.* Også i dette tilfælde udredes ydelserne til disse børn principielt i henhold til én medlemsstats lovgivning, også selv om barnets afdøde forælder var omfattet af lovgivningen i flere medlemsstater. Også her findes der en væsentlig undtagelse. I Gravina-sagen[5] kendte Domstolen for ret:

»Artikel 78, stk. 2, litra b), nr. i), i Rådets forordning nr. 1408/71 af 14. juni 1971 skal fortolkes således, at retten til ydelser fra den stat, hvor det barn, som har mistet begge forældre eller en af dem, og som har fået tilkendt ydelserne, har bopæl, ikke indebærer, at retten til højere ydelser, som tidligere er erhvervet alene i henhold til en

2 — Domstolens dom af 12.6.1980 (sag 733/79, Laterza, Sml. s. 1915).

3 — Dom af 12.7.1984 (sag 242/83, Patteri, Sml. s. 3171).

4 — Dom af 14.3.1989 (sag 1/88, Baldi, Sml. s. 667).

5 — Dom af 9.7.1980 (sag 807/79, Gravina, Sml. s. 2205).

anden medlemsstats lovgivning, fortabes. Når det ydelsesbeløb, som faktisk oppebæres i bopælsmedlemsstaten, er lavere end ydelsesbeløbet alene efter den anden medlemsstats lovgivning, har det efterladte barn ret til en supplerende ydelse, som svarer til forskellen mellem de to beløb, som skal afholdes af den kompetente institution i sidstnævnte stat.«

Domstolen har bekræftet denne praksis i D'Amario- [6] og Ventura- [7] dommene.

Første spørgsmål

4. *Det første spørgsmål*, første del, omhandler to forskellige situationer.

Den første situation vedrører en person, der oppebærer pension i henhold til lovgivningen i *to* medlemsstater, fordi vedkommende har arbejdet i disse to stater. Pensionisten har én eller flere børn, der bor hos ham. For disse børn oppebærer han ydelser i henhold til bopælsmedlemsstatens lovgivning. I henhold til Domstolens ovennævnte praksis mener han imidlertid at have ret til en tillægsydelse, der skal udredes at den kompetente institution i den anden medlemsstat (in casu Forbundsrepublikken Tyskland).

Den anden situation adskiller sig fra den første, idet den ikke vedrører en pensionist med børn, men et barn af en afdød vandrende arbejdstager, som var omfattet af lovgivningen i *to* medlemsstater. Dette barn oppebærer ydelser i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, på hvis område det er bosat. Også dette barn mener imidlertid, at det kan gøre krav på en tillægsydelse, der skal udredes at den kompetente institution i den anden medlemsstat (in casu Forbundsrepublikken Tyskland).

Den forelæggende ret ønsker afgjort, om den kompetente institution i den anden medlemsstat (Forbundsrepublikken Tyskland) i henhold til artikel 77 i forordning nr. 1408/71 (første situation) eller forordningens artikel 78 (anden situation) er forpligtet til at udrede en tillægsydelse, såfremt lovgivningen i denne medlemsstat gør tilkendelsen af ydelserne betinget af, at pensionisten og dennes børn eller det efterladte barn er bosat på denne medlemsstats område. Ifølge BKGG skal dette bopælskrav nemlig være opfyldt, for at der kan tilkendes børnetilskud [8].

5. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den forelæggende ret har taget udgangspunkt i Domstolens ovennævnte praksis vedrørende tilkendelsen af en tillægsydelse. Retten mener imidlertid, at denne retspraksis kræver en fortolkning. Den har navnlig bemærket, at følgende passus i Gravinadommen: »*alene* i henhold til en anden medlemsstats lovgivning« kan støtte det synspunkt, at der ikke skal udbetales tillægsydelse til børn, der har mistet begge forældre eller en af dem, og måske heller ikke til pensionister, når de ikke opfylder alle de i denne anden medlemsstats lovgivning fastsatte betingelser, herunder bopælskravet, for

6 — Dom af 24.11.1983 (sag 320/82, D'Amario, Sml. s. 3811).
7 — Dom af 14.12.1988 (sag 269/87, Ventura, Sml. s. 6411).
8 — Jf. BKGG's § 1, stk. 1, nr. 1, og stk. 2, nr. 1, samt § 2, stk. 5.

ret til ydelser. En sådan fortolkning indebærer, at den kompetente tyske institution som følge af bopælskravet i BKGG fritages for pligten til at udrede en tillægsydelse til sagsøgerne i hovedsagen, der er bosat uden for tysk område.

6. Jeg mener ikke, at denne fortolkning af Domstolens praksis vedrørende tilkendelse af en tillægsydelse er holdbar.

Den omtalte retspraksis tager udgangspunkt i den opfattelse, at artikel 77 og 78 i forordning nr. 1408/71 skal fortolkes i lyset af EØF-Traktatens artikel 51, hvorefter Rådet er forpligtet til at vedtage de foranstaltninger vedrørende social tryghed, der er nødvendige for at gennemføre arbejdskraftens frie bevægelighed. Som Domstolen har udtalt i Gravina-dommen (præmis 6), vil dette formål ikke blive nået,

»hvis arbejdstagere som følge af, at de udnytter deres ret til fri bevægelighed skulle miste de socialsikringsmæssige fordele, som under alle omstændigheder sikres dem alene i henhold til lovgivningen i én medlemsstat«.

Ud fra samme synspunkt udtalte Domstolen i Rossi-dommen (præmis 14)[9], at

»bortset fra udtrykkelige undtagelser i overensstemmelse med Traktatens formål kan Fællesskabets regler ikke anvendes således, at en arbejdstager eller dennes ydelsesberettigede pårørende fratages en del af ydelserne efter en medlemsstats lovgivning«.

I Laterza- og Gravina-dommene (henholdsvis præmis 8 og præmis 7) tilføjede Domstolen, at Fællesskabets regler heller ikke kan medføre en nedsættelse af de ydelser, der udredes i henhold til denne lovgivning.

7. Denne underliggende begrundelse for retten til en tillægsydelse gør det muligt at bestemme omfanget heraf. Retten indebærer, at pensionisten eller det efterladte barn har ret til et beløb, der udgør forskellen mellem det ydelsesbeløb, han faktisk oppebærer i bopælsmedlemsstaten (første sammenligningsled), og det ydelsesbeløb, han ville have oppebåret i henhold til den anden medlemsstats lovgivning (in casu Forbundsrepublikken Tyskland), såfremt den pågældende eller den person, han udleder sin ret af, ikke havde udøvet retten til fri bevægelighed, men opretholdt sin bopæl i sidstnævnte medlemsstat (andet sammenligningsled).

Ovennævnte betragtninger viser, at Domstolens praksis ikke kan fortolkes således, at en tillægsydelse kan nægtes, såfremt der i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, som skal udrede denne ydelse, opstilles et bopælskrav for tilkendelse af ydelser til børn. Det bemærkes for det første, at retten til en tillægsydelse kun har betydning, såfremt den ydelsesberettigede er bosat i en anden medlemsstat end den, som skal udrede ydelsen. Med henblik på fastsættelsen af det andet sammenligningsled har Domstolen ganske vist anerkendt, at pensionisten

9 — Dom af 6.3.1979 (sag 100/78, Rossi, Sml. s. 831).

og dennes børn eller det barn, der har mistet begge forældre eller en af dem, skal opfylde betingelserne for tilkendelse af ydelser i henhold til lovgivningen i den berørte medlemsstat (in casu Forbundsrepublikken Tyskland). Der skal dog dér gås frem, *som om* de pågældende var bosat i denne medlemsstat, hvilket indebærer, at de ikke kan stilles over for et bopælskrav. En anden fortolkning af Domstolens praksis ville endelig være i strid med de udtrykkelige bestemmelser i forordning nr. 1408/71. Forordningens artikel 77, stk. 2, bestemmer nemlig, at pensionister og deres børn kan gøre krav på de i denne bestemmelse fastsatte ydelser, »uanset i hvilken medlemsstat pensionisten (rentemodtageren) eller børnene er bosat«. Forordningens artikel 78, stk. 2, indeholder en tilsvarende bestemmelse, for så vidt angår ydelser til børn, der har mistet begge forældre eller en af dem. Ydelserne skal udredes, »uanset i hvilken medlemsstat barnet eller den fysiske eller juridiske person, som faktisk forsørger det, er bosat«.

Det første spørgsmål, første del, skal derfor besvares således, at der også skal udbetales en tillægsydelse, når tilkendelse af ydelser efter lovgivningen i den medlemsstat, der skal udbetale ydelserne, er betinget af, at pensionisten og dennes børn eller de børn, der har mistet begge forældre eller en af dem, er bosat på denne medlemsstats område.

8. For bedre at forstå den *anden del* af det første spørgsmål finder jeg det hensigtsmæssigt nærmere at redegøre for den tyske lovgivning vedrørende ofre for alvorlige arbejdsulykker, som oppebærer invalidepension. Ifølge § 583, stk. 1, i Reichsversicherungsordnung (lov om socialforsikring — herefter benævnt »RVO«) tilkendes invalidepensionister på visse betingelser et børnetillæg (»Kinderzulage«) ud over deres invalidepension, såfremt de forsørger et eller flere børn. Børnetillægget udgør ikke en selvstændig ydelse, der udredes af en institution, der har kompetence vedrørende børnetilskud, men er en integrerende del af invalidepensionen, som forhøjes med 10% for hvert enkelt barn, der forsørges.

BKGG's § 8 bestemmer, at børnetilskud (»Kindergeld«) — dvs. børnetilskud, der principielt skal udbetales til alle i Forbundsrepublikken boende personer, der har børn, som de forsørger — ikke tilkendes børn, for hvilke der allerede udbetales børnetillæg i henhold til RVO. Et offer for en arbejdsulykke har imidlertid ret til børnetilskud, såfremt det udbetalte børnetillæg er lavere end det børnetilskud, han ville oppebære, såfremt han ikke modtog invalidepension. Denne situation kan navnlig opstå i børnerige familier, da ydelsen pr. barn i henhold til børnetilskudsordningen — og i modsætning til børnetillægsordningen — forhøjes proportionalt med antallet af børn, der forsørges [10]. I en sådan situation har invalidepensionisten ret til børnetilskud svarende til forskellen mellem det beløb, han faktisk oppebærer i børnetillæg, og det beløb, han

10 — Jf. BKGG's § 10.

ville have oppebåret i børnetilskud. Dette forskelsbeløb udbetales af den institution, der står for udbetalingen af børnetilskud.

Ovennævnte ordning blev ophævet ved udgangen af 1983 [11]. Ofrene for en alvorlig arbejdsulykke, som har ret til invalidepension, oppebærer i fremtiden alene børnetilskud for de børn, de forsørger. Den omtalte tidligere ordning opretholdes imidlertid for de personer, som oppebar børnetillæg inden 1984.

9. Palermo, der er italiensk statsborger og sagsøger i den 7. tvist i hovedsagen, befandt sig i sidstnævnte situation, således som det fremgår af hans indlæg for Domstolen. I 1978, da han arbejdede i Forbundsrepublikken Tyskland, var han udsat for en alvorlig arbejdsulykke,. I 1979 rejste han tilbage til Italien, hvor han nu er bosat med sine fem børn, der er født mellem 1973 og 1982 (nogle af børnene er således født efter hans tilbagevenden til Italien). I henhold til italiensk lovgivning oppebærer han dér invalidepension samt et tillæg for sine børn. I henhold til RVO oppebærer han ligeledes invalidepension forhøjet med et børnetillæg. Børnetillægget er imidlertid lavere end det børnetilskud, Palermo normalt ville have krav på. Derfor mener Palermo at have ret til forskelsbeløbet med fradrag af det (lavere) tillæg, der ifølge italiensk lovgivning faktisk udbetales til børnene.

11 — § 1, stk. 22, i ledsageloven af 22.12.1983 til Finansloven 1984 (BGBl. I, s. 1532).

10. Ifølge artikel 77, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 skal der ved udtrykket »ydelser« i denne bestemmelse forstås:

»børnetilskud til personer, der modtager pension eller rente i anledning af alderdom, invaliditet, arbejdsulykker eller erhvervssygdom, samt de til sådanne pensioner eller renter ydede børnetillæg, *med undtagelse af tillæg, der ydes i henhold til forsikringen mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme*«.

Der er enighed om, at børnetillægget må anses for et pensionstillæg, der ydes i henhold til arbejdsulykkesforsikringen, og derfor ikke er omfattet af artikel 77 i forordning nr. 1408/71. Jeg forstår det af den nationale ret forelagte spørgsmål således, at det konkret ønskes afgjort, om det af undtagelsesbestemmelsen vedrørende børnetillæg til en invalidepensionist kan udledes, at andre ydelser for den pågældendes børn, herunder ovennævnte forskelsbeløb, heller ikke er omfattet af artikel 77.

11. Undtagelsesbestemmelsen vedrørende tillæg til pensioner, der ydes i henhold til en forsikring mod arbejdsulykker og erhvervssygdomme, er begrundet i, at disse beløb udgør en del af ydelser, der er omfattet af andre bestemmelser i forordning nr. 1408/71 (jf. afsnit III, kapitel 4, »arbejdsulykker og erhvervssygdomme«, i forordning nr. 1408/71).

Artikel 58, stk. 3, som udgør en del af afsnit III, kapitel 4, i forordning nr. 1408/71 lyder således:

»Den kompetente institution i en medlemsstat, efter hvis lovgivning størrelsen af kontantydelser afhænger af antallet af familiemedlemmer, skal ligeledes tage familiemedlemmer, der er bosat på en anden medlemsstats område, i betragtning, som om de pågældende var bosat på den kompetente stats område.«

Artikel 10, stk. 1, i forordning nr. 1408/71 bestemmer:

»... erstatning i anledning af arbejdsulykker eller erhvervssygdomme... hvortil der er erhvervet ret efter lovgivningen i en eller flere medlemsstater, kan, medmindre andet er bestemt i denne forordning, ikke nedsættes, ændres, stilles i bero, inddrages eller beslaglægges som følge af, at den berettigede er bosat i en anden medlemsstat end den, hvori den institution, som det påhviler at udrede ydelsen, er beliggende«.

I henhold til de ovenfor citerede bestemmelser har Palermo i medfør af tysk lovgivning ret til invalidepension — som han faktisk oppebærer — forhøjet med børnetillæg for sine børn, som er bosat i Italien.

12. Det fremgår ikke af ovennævnte, at også det omtalte forskelsbeløb falder uden for artikel 77 i forordning nr. 1408/71. Forskelsbeløbet er ikke en del af invalidepensionen. Det må anses for en del af det børnetilskud, der tilkendes i henhold til BKGG. Forbundsrepublikken Tyskland har imidlertid ifølge artikel 5 i forordning nr. 1408/71 afgivet en erklæring, hvorefter ydelserne i henhold til BKGG må anses for børnetilskud i den i forordningens artikel 77 forudsatte betydning [12]. I Beerens-dommen [13] udtalte Domstolen, at ydelser, som tilkendes i henhold til en i en sådan erklæring angivet lov, er socialsikringsydelser i den i forordning nr. 1408/71 forudsatte betydning. Når henses til Forbundsrepublikken Tysklands ovennævnte erklæring, som udtrykkeligt henviser til artikel 77 i forordning nr. 1408/71, kan det derfor fastslås, at alle ydelser, der udredes i henhold til BKGG, må anses for børnetilskud i artikel 77's forstand.

Jeg mener herefter, at det første spørgsmåls anden del skal besvares bekræftende: Artikel 77 i forordning nr. 1408/71 finder anvendelse på den del af børnetilskuddet, der ifølge BKGG tilkommer den person, der oppebærer pension i anledning af en arbejdsulykke, og som forsørger et eller flere børn.

Andet spørgsmål

13. I det andet spørgsmål har den forelæggende ret ikke angivet, hvilke fællesskabsbestemmelser den ønsker fortolket af Domsto-

12 — Punkt IV, nr. 1, litra b), i erklæringen, der blev offentliggjort i EF-Tidende 1980, C 139, s. 1. Denne erklæring, som ændret ved en erklæring offentliggjort i EF-Tidende 1983, C 351, s. 1, lyder således:
b) Børnetilskud (i den tyske udgave: 'Kindergeld'):
— lov om børnetilskud (Bundeskindergeldgesetz) af 14. april 1964, med ændringer og tillæg, i den gældende udgave«.

13 — Dom af 29.11.1977 (sag 35/77, Beerens, Sml. s. 2249).

len. Det kan imidlertid udledes af sammenhængen, at anmodningen om fortolkning alene vedrører artikel 77 i forordning nr. 1408/71. Denne bestemmelse regulerer nemlig situationen for en pensionist, der forsørger børn, som spørgsmålet vedrører.

Jeg forstår den *første del* af andet spørgsmål således, at det vedrører en pensioneret statsborger i en medlemsstat, som har arbejdet såvel i denne medlemsstat som i en anden medlemsstat (in casu Forbundsrepublikken Tyskland). Ligesom i det i første del af første spørgsmål nævnte tilfælde bor han sammen med sine børn i førstnævnte stat. I henhold til denne stats lovgivning oppebærer han to ydelser, nemlig en pension og en ydelse for børnene. Han oppebærer også her en pension i henhold til lovgivningen i den anden medlemsstat (in casu Forbundsrepublikken Tyskland). Det særlige i den her beskrevne situation er, at retten til sidstnævnte pension først opstod, efter at den pågældende havde flyttet sin bopæl til den medlemsstat, hvori han er statsborger.

Giganti, der er sagsøger i den fjerde tvist i hovedsagen, befinder sig sammen med andre i denne situation, således som det fremgår af hans indlæg for Domstolen. Giganti, der er italiensk statsborger, og som dengang var bosat i Forbundsrepublikken Tyskland, ansøgte i *1979* det kompetente tyske forsikringsorgan om invalidepension. I *1980* vendte han tilbage til Italien. I henhold til italiensk lovgivning fik han tilkendt invalidepension samt ydelser for sine to børn. I *1981* tilkendte den tyske institution ham invalidepension (med virkning fra juni 1979) forhøjet med et børnetillæg (»Kinderzuschuß«) [14]. Børnetillægget er imidlertid lavere end det normale børnetilskud. Giganti mener derfor at have ret til forskelsbeløbet med fradrag af den (lavere) ydelse for sine børn, han faktisk oppebærer i henhold til den italienske lovgivning.

Med første del af det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret afgjort, om artikel 77 i forordning nr. 1408/71 skal fortolkes således, at der også består ret til en tillægsydelse, når retten til pension i henhold til en medlemsstats lovgivning (in casu Forbundsrepublikken Tyskland) først opstår, efter at den ydelsesberettigede er flyttet til en anden medlemsstat (i Giganti's tilfælde Italien).

Den anden del af det andet spørgsmål er stillet for det tilfælde, at første del besvares bekræftende. Spørgsmålet vedrører en situation som Palermo's, hvor pensionistens familie forøges, efter at pensionisten er vendt tilbage til den medlemsstat, hvori han er statsborger. Den forelæggende ret ønsker afgjort, om der i så fald kun kan rejses krav om en tillægsydelse for de børn, som pen-

14 — I henhold til RVO's § 1262 har pensionister — med undtagelse af ofre for en alvorlig trafikulykke (som er omfattet af RVO's § 583) — ret til børnetillæg (»Kinderzuschuß«), hvis de oppebar et sådant tillæg inden 1984. Reglerne for dette børnetillæg er identiske med reglerne for de ovenfor under punkt 8 nævnte børnetillæg (Kinderzulage). Såfremt børnetillægget er lavere end børnetilskuddet i henhold til BKGG kan de ydelsesberettigede også ansøge om udbetaling af forskelsbeløbet.

sionisten forsørgede inden bopælsændringen, eller om kravet også omfatter børn, der er født efter flytningen.

14. Den forelæggende ret har indbragt disse spørgsmål for Domstolen, da den mener, at Domstolens praksis kan fortolkes på to måder. I ovennævnte Laterza-dom kendte Domstolen for ret, at retten til børnetilskud, der skal udredes af den medlemsstat, på hvis område pensionisten er bosat, ikke medfører, at retten til større og »*tidligere erhvervet* børnetilskud, som det påhviler en anden medlemsstat at udrede, bortfalder«. Den forelæggende ret har bemærket, at denne passus danner udgangspunkt for den i tysk retsteori såkaldte »Mitnahmetheorie« [15]. Ifølge denne teori skal retten til en tillægsydelse alene beskytte erhvervede rettigheder. Denne ret må ikke udhules som følge af udøvelsen af retten til fri bevægelighed. Når den pågældende arbejdstager, inden udøvelsen af retten til fri bevægelighed, imidlertid ikke opfyldte alle betingelserne for at oppebære børnetilskud i henhold til den medlemsstats lovgivning, hvor han da var bosat, har han ikke erhvervet ret til et sådant børnetilskud, og sidstnævnte stat skal derfor ikke udbetale en tillægsydelse. Bayrisches Landessozialgericht har tilsluttet sig denne teori. Den forelæggende ret har imidlertid rejst spørgsmålet om, i hvilket omfang denne teori er forenelig med Domstolens synspunkt i D'Amario-dommen, hvorefter »spørgsmålet om, hvorvidt det efterladte barn altid har haft bopæl i en medlemsstat, eller om barnet er tilflyttet denne medlemsstat, er uden betydning for anvendelsen af artikel 77 og 78 i forordning nr. 1408/71« (præmis 7).

15. I sine indlæg for Domstolen er den tyske regering gået ind for ovennævnte teori. Kommissionen, den italienske regering og parterne i hovedsagen, som har udtalt sig om dette spørgsmål, afviser — efter min mening med rette — imidlertid teorien. Ovenfor under punkt 7 har jeg anført, at man for at afgøre, om der består ret til en tillægsydelse, ikke skal anvende bopælsmedlemsstatens, men den anden medlemsstats lovgivning, *som om* pensionisten og hans børn var bosat på denne medlemsstats område. Det følger nødvendigvis heraf, at man ikke kan sondre mellem de berettigede på grundlag af deres bopæl på det tidspunkt, hvor retten til pension opstår, eller hvor børnene fødes.

Jeg er ganske vist enig i den tyske regerings udgangspunkt, hvorefter tillægsydelsen udelukkende skal beskytte pensionistens erhvervede rettigheder. Den tyske regering mener imidlertid efter min mening med urette, at pensionisten endnu ikke har erhvervet rettigheder i det tilfælde, hvor han inden flytningen til en anden medlemsstat ikke havde eller ikke kunne have oppebåret ydelser. Retten til ydelser til børn er nemlig knyttet til retten til pension. Når der er erhvervet ret til pension som følge af, at den væsentlige betingelse for denne ret er opfyldt (f.eks. udøvelsen af en erhvervsmæssig beskæftigelse og/eller, alt efter pensionens art, ved en bestemt risikos indtræden), uden at der er blevet tilkendt pension, fordi alle betingelserne herfor endnu ikke er opfyldt (f.eks. fordi den berettigede endnu ikke har nået den foreskrevne pensionsalder, eller

15 — Jeg skal her henvise til J. Stahlberg, der går ind for den modsatte opfattelse i »Deutsches Kindergeld für EG-Staatsangehörige«, *Die Sozialgerichtsbarkeit* (SGb), 1989, s. 238 og, navnlig, s. 245.

fordi en anden begivenhed, der er en forudsætning for tilkendelsen, endnu ikke er indtrådt), er der nemlig allerede erhvervet en betinget ret til pensionen og dermed til ydelser til børnene. I tilfælde af flytning til en anden medlemsstat er denne betingede ret til ydelser beskyttet af fællesskabsreglerne i samme omfang som retten til ydelser, der allerede skal udbetales på dette tidspunkt. Det følger heraf, at der også skal udbetales en tillægsydelse af en anden medlemsstat end bopælsmedlemsstaten, når retten til pension i henhold til førstnævnte medlemsstats lovgivning først opstår efter bopælsændringen, og også for børn, der fødes efter bopælsændringen.

16. I øvrigt går Domstolens praksis i samme retning. Ikke blot den af den forelæggende ret citerede D'Amario-dom (som dog vedrører situationen for børn, der har mistet begge forældre eller en af dem), men også den senere Baldi-dom er efter min mening særlig vigtig. Sidstnævnte dom vedrørte en italiensk pensionist, som havde arbejdet både i Italien og i Belgien. I 1977 bosatte Baldi sig i Italien. Han oppebar dér invalidepension og børnetilskud i henhold til italiensk lovgivning. Først i 1978 blev han tilkendt ret til invalidepension i henhold til belgisk lov. Dette forhold hindrede ikke Domstolen i at fastslå, at den kompetente belgiske institution i et sådant tilfælde skulle udbetale en tillægsydelse i henhold til artikel 77 i forordning nr. 1408/71.

Yderligere kan Laterza-dommen vanskeligt tages til indtægt for den opfattelse, at der ikke skal udbetales en tillægsydelse til børn, der er født efter bopælsændringen. Laterza var italiensk statsborger og pensionist, som i Belgien havde haft beskæftigelse som minearbejder. Han giftede sig og fik børn, efter at han var vendt tilbage til Italien. Det hindrede ikke Domstolen i at fastslå, at der også i en sådan situation skulle udbetales en tillægsydelse.

Tredje spørgsmål

17. Det tredje spørgsmål vedrører børnetilskud, der ifølge BKGG skal udbetales til pensionister eller børn, der har mistet begge forældre eller en af dem, med bopæl uden for Forbundsrepublikken Tyskland, uanset om tilskuddet skal udredes alene i henhold til tysk lovgivning [artikel 77, stk. 2, litra a), og artikel 78, stk. 2, litra a), i forordning nr. 1408/71], eller det skal udbetales som et tillæg til en ydelse, der skal udredes i henhold til en anden medlemsstats lovgivning [jf. samme artikler, stk. 2, litra b)]. For bedre at kunne forstå spørgsmålet, er det nødvendigt også ganske kort at omtale de tyske lovbestemmelser, hvorefter børnetilskuddet er afhængigt af den berettigedes årlige nettoindkomst.

18. Ifølge BKGG's § 10, stk. 1, andrager det månedlige børnetilskud 50 DM for det første barn, 100 DM for det andet barn (130 DM efter 1.7.1990), 220 DM for det tredje barn og 240 DM for det fjerde barn og hvert af de følgende børn. I henhold til BKGG's § 10, stk. 2, nedsættes børnetil-

skuddet imidlertid progressivt for det andet og hvert af de følgende børn ned til en grundbeløb på 70 DM for det andet barn og 140 DM for hvert af de følgende børn, når den berettigedes og dennes ægtefælles årsindkomst overstiger en bundgrænse med mere end 480 DM. Denne bundgrænse er på 26 600 DM for den gifte berettigede, der bor sammen med sin ægtefælle, og på 19 000 DM for andre berettigede, hvilke beløb forhøjes med 9 200 DM for hvert barn, for hvilket den berettigede ikke har ret til børnetilskud [16].

BKGG's § 11, stk. 1, definerer, hvad der skal forstås ved begrebet »årsindkomst«. Begrebet omfatter indtægter oppebåret i det forudgående kalenderår, som skal tages i betragtning ved anvendelsen af den tyske indkomstskattelov (»Einkommensteuergesetz«). Ifølge BKGG's § 11, stk. 2, fradrages indtægterne en række forsørgerbyrder, herunder navnlig socialsikringsudgifter inden for de i skattelovgivningen fastsatte grænser og ydelser til underhold af visse personer, også inden for de i skattelovgivningen fastsatte grænser.

19. Den forelæggende ret ønsker afgjort, om nedsættelsen af børnetilskuddet i henhold til BKGG, såfremt den berettigedes og dennes ægtefælles indkomst overstiger et bestemt beløb, også kan foretages i det tilfælde, hvor den berettigede er bosat uden for Forbundsrepublikken Tysklands område og dér oppebærer en indtægt. I bekræftende fald ønsker den forelæggende ret afgjort, hvorledes man i så fald skal beregne den indkomstafhængige del af børnetilskuddet. Retten ønsker navnlig afgjort, hvorledes de i en anden medlemsstat oppebårne nettoindtægter, dvs. indtægterne efter fradrag af visse forsørgerbyrder inden for de i skattelovgivningen fastsatte grænser, skal fastsættes og tages i betragtning med henblik på nedsættelsen af børnetilskuddet.

20. De opfattelser, der er fremført vedrørende disse spørgsmål, er yderst forskellige. Således har den tyske regering anført, at artikel 12, stk. 2, i forordning nr. 1408/71 finder anvendelse. Det bestemmes her:

»indeholder en medlemsstats lovgivning bestemmelser om, at en ydelse skal nedsættes... når modtageren samtidig... har andre indtægter, finder disse bestemmelser tillige anvendelse, selv om det drejer sig om... indtægter, han har modtaget på en anden medlemsstats område«.

Jeg mener ikke, den tyske regerings opfattelse er forenelig med Domstolens praksis. Domstolen har bl.a. i Bakker-dommen [17] udtalt, at det fremgår af ordlyden af artikel 12,

16 — Det er mig ikke helt klart, i hvilket omfang disse regler også finder anvendelse på tilskud til børn, der har mistet begge forældre eller en af dem. Den forelæggende ret går imidlertid i sit spørgsmål ud fra, at ydelsen til sådanne børn også kan nedsættes. Jeg skal behandle dette spørgsmål nedenfor i lyset af såvel artikel 77 (pensionister) som artikel 78 (børn, der har mistet begge forældre eller en af dem) i forordning nr. 1408/71.

17 — Dom af 20.4.1988 (sag 151/87, Bakker, Sml. s. 2009).

»at den heri omhandlede regel om dobbeltydelser kun vedrører ydelser, som udbetales til én og samme person« (præmis 12),

og at denne bestemmelse

»må betragtes som modstykket til de fordele, som tilkommer arbejdstagere i kraft af fællesskabsretten, idet den giver dem mulighed for at kræve, at flere medlemsstaters sociale sikringslove anvendes samtidig« (præmis 13).

De her omhandlede §§ 10 og 11 i BKGG kan ikke anses for antikumulationsregler, idet børnetilskuddet ikke reduceres med størrelsen af en ydelse af samme art, der allerede modtages fra anden side.

21. Kommissionen går ind for det synspunkt, at nedsættelsen af det i BKGG's §§ 10 og 11 foreskrevne børnetilskud ikke kan foretages over for en modtager af børnetilskud, som er bosat i en anden medlemsstat end Forbundsrepublikken Tyskland og dér oppebærer indtægter. Denne opfattelse begrundes med, at der ifølge BKGG's ovennævnte bestemmelser skal tages hensyn til årsindkomsten som defineret i den tyske »Einkommensteuergesetz«. Hvis man anvender disse tyske skatteregler på ydelsesberettigede personer med bopæl i andre medlemsstater, ville man tillægge dem eksterritorial anvendelse.

Jeg skal imidlertid ikke gå nærmere ind på Kommissionens synspunkt, da den forelæggende ret netop har rejst spørgsmålene ud fra den antagelse, at de pågældende bestemmelser giver mulighed for en nedsættelse af børnetilskuddet på grundlag af indtægter oppebåret i udlandet, og det ikke tilkommer Domstolen at indlade sig på en fortolkning af disse nationale bestemmelser. Jeg opfatter derfor de stillede spørgsmål således, at den forelæggende ret ønsker afgjort, om artikel 77 og 78 i forordning nr. 1408/71 også tillader en sådan nedsættelse, og i bekræftende fald hvorledes denne nedsættelse skal beregnes uden at tilsidesætte fællesskabsretten.

22. Jeg mener, at det tredje spørgsmål skal besvares under hensyntagen til ligebehandlingsprincippet. Når børnetilskuddet for børn, der forsørges af pensionister, eller børnetilskud for børn, der har mistet begge forældre eller en af dem, i henhold til én medlemsstats lovgivning (in casu Forbundsrepublikken Tyskland) nedsættes proportionalt med den årlige nettoindkomst, der oppebæres af den berettigede, som er bosat på denne medlemsstats område, kan der også foretages en nedsættelse over for de berettigede, der er bosat i en anden medlemsstat, forudsat at disse ikke herved forfordeles.

Under retsmødet anførte en række sagsøgere i hovedsagen, at den kompetente tyske institution for at undgå praktiske vanskeligheder systematisk nedsætter det børnetilskud, der ydes de berettigede med bopæl i udlandet, til grundbeløbet. BKGG's § 11, stk. 3, hjemler en sådan nedsættelse, sålænge der endnu ikke er sket en ansættelse

af skatten af de årlige indtægter, der skal tages i betragtning.

Hvis en sådan administrativ praksis rent faktisk anvendes, må den efter min mening være i strid med det i forordning nr. 1408/71 fastsatte ligebehandlingsprincip. Domstolen har gentagne gange fastslået,

»at ligebehandlingsprincippet ikke alene indebærer et forbud mod åbenlyse former for forskelsbehandling, begrundet i nationalitet, men også mod alle skjulte former for forskelsbehandling, hvorved det samme faktisk bliver resultatet, selv om forskelsbehandlingen udøves på grundlag af andre formelle kriterier« [18].

Systematisk at reducere børnetilskuddet til grundbeløbet, fordi der ikke foreligger nogen skatteansættelse fra de tyske myndigheders side, må efter min mening anses for en form for skjult forskelsbehandling. En sådan fremgangsmåde ville diskriminere ydelsesberettigede med bopæl i en anden medlemsstat, da disse normalt ikke er omfattet af de tyske skatteregler.

23. Bortset herfra tilkommer det efter min opfattelse ikke Domstolen at angive, hvorledes de tyske bestemmelser om nedsættelse af børnetilskud skal anvendes på ydelsesberettigede med bopæl i en anden medlemsstat, hvor de har oppebåret indtægter. Når henses til ligebehandlingsprincippet, skal jeg dog fremhæve et principielt punkt. Ved beregningen af børnetilskud til en ydelsesberettiget med bopæl i en anden medlemsstat, kan de tyske myndigheder kun foretage en nedsættelse i henhold til den tyske ordning på grundlag af den dokumentation, der foreligger vedrørende de i udlandet oppebårne indtægter og de dér afholdte udgifter. De tyske skatteregler, som BKGG henviser til, kan så anvendes analogt på disse oplysninger.

Med henblik på at opnå den nævnte dokumentation kan de tyske myndigheder naturligvis henvende sig til den ydelsesberettigede selv og, om muligt, til de kompetente udenlandske myndigheder. Såfremt den ydelsesberettigede nægter at samarbejde, kan de kun bringe eventuelle sanktioner i anvendelse, såfremt der anvendes samme fremgangsmåde over for de ydelsesberettigede med bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland, som ligeledes nægter at samarbejde.

Fjerde spørgsmål

24. Den 17. oktober 1985 traf Den Administrative Kommission for Vandrende Arbejdstageres Sociale Sikring, jf. artikel 80 og 81 i forordning nr. 1408/71, afgørelse nr. 129 om anvendelsen af bl.a. artikel 77 og 78 i den nævnte forordning [19]. Afgørelsen indeholder en række bestemmelser, som i forlængelse af Domstolens praksis har til formål at fastsætte de tilfælde, hvor der skal udredes en tillægsydelse, fremgangsmåden ved fastsættelsen af tillæggets størrelse og de

18 — Jf. bl.a. dom af 15.1.1986 (sag 41/84, Pinna, Sml. s. 1, præmis 23).

19 — EFT 1986, C 141, s. 7.

nærmere regler for de kompetente institutioners forpligtelser.

Således som jeg har forstået det, har den forelæggende ret forelagt Domstolen det fjerde spørgsmål, fordi den er i tvivl om, hvorvidt Den Administrative Kommissions Afgørelse nr. 129 indeholder tilstrækkeligt klare bestemmelser til at udløse en ret til en tillægsydelse.

Den forelæggende ret har tilsyneladende overset, at afgørelserne fra Den Administrative Kommission alene udgør et hjælpemiddel for de socialsikringsinstitutioner, som skal anvende EF-retten på dette område, men hverken kan pålægge eller fritage institutionerne for forpligtelser i forbindelse med anvendelsen eller fortolkningen af EF-rettens regler[20]. Den Administrative Kommission kan så meget mindre skabe ret til en tillægsydelse. Denne ret beror på artikel 77 og 78 i forordning nr. 1408/71, således som disse bestemmelser er fortolket af Domstolen. Jeg vil ikke bestride, at tilkendelsen af en tillægsydelse stadig kan skabe praktiske vanskeligheder, og at Den Administrative Kommission i denne forbindelse kan yde en supplerende vejledning. Som Domstolen har udtalt i D'Amario-dommen (præmis 8), kan praktiske vanskeligheder dog ikke begrunde, at de ydelsesberettigede nægtes ret til en tillægsydelse.

Forslag til afgørelse

Jeg skal sammenfattende foreslå Domstolen at besvare de forelagte spørgsmål på følgende måde:

»1) a) Artikel 77, stk. 2, litra b), nr. i), og artikel 78, stk. 2, litra b), nr. i), i Rådets forordning (EØF) nr. 1408/71 af 14. juni 1971 — i den version, som er indeholdt i bilag I til forordning (EØF) nr. 2001/83 af 2. juni 1983 — skal fortolkes således, at en pensionist eller rentemodtager, som forsørger et eller flere børn, eller, i givet fald, børn, der har mistet begge forældre eller en af dem, også har ret til en tillægsydelse — dvs. et beløb svarende til forskellen mellem den ydelse, der faktisk oppebæres efter lovgivningen i bopælsmedlemsstaten, og den ydelse, der skal udredes efter lovgivningen i en anden medlemsstat — selv om tilkendelse af ydelser efter lovgivningen i sidstnævnte medlemsstat er betinget af, at pensionisten eller rentemodtageren og dennes børn — eller, i givet fald, de børn, der har mistet begge forældre eller en af dem — er bosat på denne medlemsstats område.

20 — Dom af 14.5.1981 (sag 98/80, Romano, Sml. s. 1241).

b) Artikel 77 i forordning (EØF) nr. 1408/71 finder anvendelse på den del af børnetilskuddet ('Kindergeld'), som en person, der modtager pension i anledning af en arbejdsulykke, og som forsørger en eller flere børn, kan gøre krav på i henhold til Bundeskindergeldgesetz.

2) Artikel 77, stk. 2, litra b), nr. i), i forordning (EØF) nr. 1408/71 skal fortolkes således, at den nævnte tillægsydelse også skal udredes af den medlemsstat, der ikke er bopælsmedlemsstaten:

— når retten til pension i henhold til denne anden medlemsstats lovgivning først opstår efter bopælsændringen

— for så vidt angår de børn, der er født efter bopælsændringen.

3) Artikel 77 og 78 i forordning (EØF) nr. 1408/71 skal fortolkes således, at når en ydelse til børn, der forsørges af en pensionist eller rentemodtager, eller til børn, der har mistet begge forældre eller en af dem, i henhold til lovgivningen i en medlemsstat nedsættes på grundlag af nettoårsindkomsten for de ydelsesberettigede, der er bosat på denne stats område, kan denne nedsættelse også, i overensstemmelse med ligebehandlingsprincippet, foretages i nettoårsindkomsten for de ydelsesberettigede, der er bosat i en anden medlemsstat, således som denne indkomst kan fastslås på grundlag af den fornødne dokumentation.

4) Afgørelserne fra Den Administrative Kommission, som er omhandlet i artikel 80 og 81 i forordning (EØF) nr. 1408/71, udgør alene et hjælpemiddel for de socialsikringsinstitutioner, som skal anvende EF-retten på dette område, men kan hverken pålægge eller fritage institutionerne for deres forpligtelser i forbindelse med anvendelsen eller fortolkningen af EF-rettens regler.«